

 中国社会科学院创新工程学术出版资助项目

# THE SPIRIT OF CRIMINAL RECONCILIATION

## 刑事和解的精神

李卫红◎著

 社会科学文献出版社  
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

RECONCILIATION



**李卫红** 女，天津人，法学学士及硕士（北京大学），法学博士（中国政法大学），现任中国社科院大学政法学院教授，校级首届教学名师，兼任中国犯罪学研究会常务理事、中国警察法学研究会理事。主要研究方向为刑法学、犯罪学、刑事政策学、刑事司法实务专题，在《法学研究》、《中外法学》、《法学评论》、《政法论坛》等期刊发表学术论文 80 余篇，出版独著《刑事政策学的重构及展开》、《刑事司法模式的生成与演进》、《经济犯罪热点问题研究》3 部，独著教材《刑事政策学》（第 2 版，21 世纪法学系列教材、北京市精品教材立项项目），合著《刑事司法裁判权的独立与受制》等 2 部，独立主持多项最高人民法院理论研究项目、中国法学会项目、司法部国家法治与法学理论研究项目、团中央项目等。

 中国社会科学院创新工程学术出版资助项目

---

# 刑事和解的精神

李卫红◎著

---

THE SPIRIT OF CRIMINAL  
RECONCILIATION

---

 社会科学文献出版社  
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

## 内容摘要

本书运用演绎法及实证法研究刑事和解的实体性与程序性，阐明刑事和解的意蕴，从多个维度体现刑事和解的精神。刑事和解的原本价值是以“恢复”取代“报应”，其真正价值在于人道主义在司法领域的实现；刑事和解与罪刑法定、刑事和解与罪责刑相适应、刑事和解与刑法面前人人平等及刑事和解与无罪推定等，虽然在形式上相互矛盾，但在实质上，它们在不同的刑事司法模式内，各自实现各自的价值。

中国古今刑事和解殊途异归；当下中外刑事和解殊途同归；刑事和解是人性中当事人双方趋利避害的选择；其理论的核心根据在于契约论、正义论、商谈理论；刑事和解的价值蕴含着自由与平等、友善与人道、公正与效率、宽容与宽恕；契约精神是刑事和解的内在品格，私有财产为刑事和解提供了经济保障；市场经济的发展与市民社会的发达促使国家权力的让渡与公民个人权利的扩张，由此奠定了实现刑事和解的权利基础。

刑事和解的实体性在于，它是行为人承担刑事责任的一种方法，也是一种酌定量刑情节；刑事和解的程序性在于以国家司法为主，以协商性司法、恢复性司法为辅的三种司法模式并存或交叉的追究犯罪流程；探讨现行刑事和解司法解释存在的问题及完善路径；通过比较，论证认罪认罚从宽与刑事和解对接后的量刑；在探讨认罪认罚程序下的量刑建议制度后，拓深与拓宽刑事和解的研究。

所有制度被更新或被变革的主旨最终是以人为本，最大限度地实现每一个人充分行使本应享有的各项权利。刑事和解的结果使当事人的地位发生了根本性的改变，被告人、被害人及其他人从被动到主动地与国家司法机关共同解决与自己相关的犯罪问题。

关键词：刑事和解 实体性 程序性 恢复性司法 司法解释

## Abstract

This book builds heavily on the substantive and procedural reality of criminal reconciliation with the method of deduction and empirical research. It proposes the implication and spirit of criminal reconciliation. Criminal reconciliation's original value is to replace "retribution" with "recovery", and a harmonious society is its added value. Although there is an obvious difference between criminal reconciliation and the basic principles of criminal law, criminal reconciliation can be achieved in a specific field of criminal justice.

What we find is that criminal reconciliation system at all times and in all countries takes a different path toward the very same goal. It is human nature to seek profits and avoid disadvantages. Criminal reconciliation is the objective choice for the parties to a case. The theoretical basis of criminal reconciliation is enlightenment right of Contract Theory, Rawls's Theory of Justice and Habermas's Discourse Ethics. Consequently, the value of criminal reconciliation contains freedom and equality, fraternity and humanity, justice and efficiency as well as tolerance and forgiveness. The spirit of contract is the inherent character of criminal reconciliation. Private property is the economic security of criminal reconciliation. Advanced market economy and civil society contribute greatly to the demisability of state power and expansion of civil rights. If separation of power becomes inevitable, real source and legal safeguard will be provided to criminal reconciliation.

Criminal reconciliation is a method of solving crime has occurred

and part of discretionary circumstances of sentencing. State justice is the main way to cope with crime, while negotiated and recovery justice is just a kind of auxiliary means. Actually, those three modes could coexist and the legislation should expand applicable objects. The analysis of judicial interpretations of criminal reconciliation made by the Supreme Court and the Supreme Procuratorate and its applicable situation shed much light on solution method. By comparing sentencing criterion and sentencing proposal system from the perspective of Leniency for Pleading Guilty and Accepting Punishment, the research on criminal reconciliation will be deepened and broadened.

People oriented, which can maximizing the exercise of human's origin right, is the purport of all system renewal and reform. The outcome of criminal reconciliation changes the litigant's status radically, so defendant and victim will solve the crime problem together with state initiative.

**Keywords:** Criminal Reconciliation, Substantive Reality, Procedural Reality, Restorative Justice, Authoritative Interpretation

## 序

李卫红2013年9月入学中国政法大学刑事司法学院，成为我的论文博士生，经过两年半时间的刻苦学习，以优秀博士论文成绩获得法学博士学位。对此，我颇感欣慰。

本书是在她的博士学位论文《论公诉案件的刑事和解》基础上又经过她三年多的修改、增加新内容，并定书名为《刑事和解的精神》。我认为这是她多年学术研究的总结，在刑事和解的问题研究上具有相当的创新性。

我国关于刑事和解的探讨最初体现在程序界面，它是对传统刑事诉讼的挑战。2012年《刑事诉讼法》第277条、第278条、第279条对此作为特别程序之一予以规定，2018年新《刑事诉讼法》的第288条、第289条、第290条规定的刑事和解，继续沿用未改。本书的精粹在于：在梳理基本概念、倡导基本理念后，着重讨论刑事和解的实体性与程序性这一内在的双重属性制度，弥补了以往学者单纯实体或单纯程序的片面研究的不足，全方位地体现刑事和解的精神所在。其主要观点是刑事和解的实体性不仅仅是行为人承担刑事责任的一种方法，也是一种酌定量刑情节；刑事和解的程序性在于以常态国家司法为主，以协商性司法、恢复性司法为辅的三种司法模式并存或交叉的追究犯罪流程，突破了传统刑事司法程序，拓宽了解决犯罪问题的方式方法。本书然后探讨现行刑事和解司法解释存在的问题及完善路径；在强调认罪认罚从宽制度重要作用之后，通过比较论证认罪认罚从宽与刑事和解的对接问题，从而拓深拓宽了刑事和解的研究。其中第八章是在博士学位论文基础上新增加的内容，凸显了作者对此问题不断进行深入探讨的努力。

刑事诉讼一直面临惩罚犯罪与保护人权、程序公正与实体公正的一

致与矛盾的问题。没有打击犯罪，刑事诉讼法失去了其存在的前提；但保护人权同样重要，包括所有被侵害的集体人权、参与刑事诉讼的人的权利即诉讼参与人的权利，如辩护人、诉讼代理人的权利，特别是犯罪嫌疑人、被告人的权利。程序正义与实体正义的内涵要求基本是两个范畴，一般来说，实体正义就是最后结果的正义，而结果的做出以司法流程为保障。实体公正一是准确认定案件事实，二是依法准确定罪，三是量刑公平合理。程序公正不仅保障实体公正，还有其独立价值。司法作为最后一道屏障，其公信力乃是一种道义上的认同；权威性是强制力与社会认同的结合；而司法权威既要有公信力又要有强制力。反过来说，不公正不可能有公信力，因为公信力是公众内心道德上对正义的认可。

刑事和解的出现打破了上述相关规则，如本书开头的案例，检察官对一起强奸案进行和解，这本身就挑战了罪刑法定及无罪推定；再如被告人的行为构成盗窃罪，但双方和解后，被害人谅解了被告人，对行为人不判刑，其公平、公正、公信力、审判中心论等都受到质疑。本书在坚持传统刑事诉讼法学的相关规则基础上，提出符合逻辑的观点，比如刑事和解与刑法基本原则的关系——刑事和解与罪刑法定、刑事和解与罪责刑相适应、刑事和解与刑法面前人人平等；刑事和解与刑事诉讼理念的关系——刑事和解与无罪推定、刑事和解与司法公正、刑事和解与审判中心、刑事和解与化解社会矛盾促进社会和谐。上述关系从表面上看，无疑存在某种程度上的矛盾，但将它们分属在国家司法、协商性司法与恢复性司法的不同框架内，既独立存在又可和平共处、融于一体。

毋庸讳言，本书还有许多需要更深入研究的问题，如制度运行的多维路径、实践操作的冲突与难点等。但本书作者还是展现了阶段性的研究成果，作者围绕学者们对“刑事和解”的各种争论，通过一些实证调研论证刑事和解制度的发展，将刑事和解的实体、程序实现及司法解释的完善立足于历史发展趋势去思考，可谓立意高远。同时，本书论证横跨哲学、社会学、政治学、经济学、法学等领域，涉猎甚广，但紧扣主

题，广而不散，实属不易。本书从各个不同角度对刑事和解制度进行研究，对于我们更加深入地认识刑事和解制度具有重要意义。特别是对于刑事和解适用范围扩大之观点，为被害人、被告人及司法机关积极、主动地共同解决犯罪问题指明了可能的一条进路。该书资料旁征博引，文字深入浅出，中国特色明显，具有相当的理论价值和实践意义，为法学园地增添了一朵鲜艳的小花。

期待她贡献出更多更好的学术成果！

是为序！

陈光中

2019年5月8日于世纪城寓所

- [引言](#)
  
- [第一章 导论](#)
  - [第一节 刑事和解的意蕴](#)
    - [一 刑事和解的定义](#)
    - [二 刑事和解的价值](#)
    - [三 刑事和解的附加值](#)
  - [第二节 相关概念的厘清](#)
    - [一 刑事和解与刑事调解](#)
    - [二 刑事和解与恢复性司法](#)
    - [三 刑事和解不是“私了”](#)
  - [第三节 刑事和解与刑法基本原则](#)
    - [一 刑事和解与罪刑法定](#)
    - [二 刑事和解与罪责刑相适应原则](#)
    - [三 刑事和解与刑法面前人人平等原则](#)
  - [第四节 刑事和解与刑事诉讼理念的关系](#)
    - [一 刑事和解与无罪推定的关系](#)
    - [二 刑事和解与司法公正的关系](#)
    - [三 刑事和解与审判中心的关系](#)
    - [四 刑事和解与化解社会矛盾促进社会和谐的关系](#)
  
- [第二章 刑事和解的变迁](#)
  - [第一节 古今刑事和解的不同](#)
    - [一 古代刑事和解的内容](#)
    - [二 蕴含的观念不同](#)
    - [三 社会政治制度不同](#)
  - [第二节 殊途同归的外国刑事和解](#)
    - [一 对国外刑事和解的梳理](#)

- [二 德国的刑事和解](#)
- [三 美国的刑事和解](#)
- [四 极具特色的法国刑事和解](#)
- [第三节 刑事和解的前奏：“赔偿减刑”](#)
  - [一 问题所在](#)
  - [二 量刑阶段的从轻处罚](#)
  - [三 行刑阶段的赔偿减刑](#)
  - [四 趋势与困境](#)
- [第三章 刑事和解的根据](#)
  - [第一节 人性基础——趋利避害](#)
    - [一 功利主义的表现](#)
    - [二 社会行为实现个人利益](#)
    - [三 刑事和解是当事人双方趋利避害的选择](#)
  - [第二节 理论根据](#)
    - [一 以契约论为启蒙的权利学说](#)
    - [二 罗尔斯的《正义论》](#)
    - [三 哈贝马斯的商谈理论](#)
    - [四 刑事和解的理论根据](#)
  - [第三节 价值蕴含](#)
    - [一 自由与平等](#)
    - [二 友善与人道](#)
    - [三 公正与效率](#)
    - [四 宽容与宽恕](#)
- [第四章 刑事和解的社会根基](#)
  - [第一节 经济基础——市场经济](#)
    - [一 一种经济体系](#)
    - [二 契约精神是刑事和解的内在品格](#)

- [三 私有财产为刑事和解提供了经济保障](#)
- [四 以诚信为前提](#)
- [第二节 社会基础——市民社会](#)
  - [一 市民社会概念](#)
  - [二 个人意志独立](#)
  - [三 社区发达](#)
  - [四 借鉴与同一](#)
- [第三节 权力的制约与分割](#)
  - [一 权力的制约](#)
  - [二 权力的分割](#)
  - [三 刑事和解的权力依据](#)
- [第五章 刑事和解的实体实现](#)
  - [第一节 刑事责任的一种](#)
    - [一 刑事和解是解决已然犯罪的一种方法](#)
    - [二 刑事和解解决部分行为人的刑事责任](#)
  - [第二节 “刑事和解”在死刑案件中对刑事责任的分担](#)
    - [一 法官们谈及的案例](#)
    - [二 法官对“刑事和解”的观点整理](#)
    - [三 小结](#)
  - [第三节 执行阶段刑事和解对刑事责任的影响](#)
    - [一 现状](#)
    - [二 根据](#)
    - [三 具体方式](#)
- [第六章 刑事和解的程序实现](#)
  - [第一节 三种司法模式的并存](#)
    - [一 国家司法](#)
    - [二 协商性司法](#)

- [三 恢复性司法](#)
- [第二节 适用刑事和解的案件](#)
  - [一 所有刑事案件](#)
  - [二 刑事诉讼法修改前适用刑事和解的公诉案件](#)
  - [三 当下适用刑事和解的案件](#)
  - [四 立法规定出现的问题](#)
- [第三节 刑事和解的主体](#)
  - [一 犯罪人](#)
  - [二 被害人](#)
  - [三 第三方](#)
  - [四 法律援助律师参与刑事和解](#)
  - [五 问题的说明与评析](#)
- [第四节 实现刑事和解程序的种类及原则](#)
  - [一 刑事和解类型](#)
  - [二 刑事和解应当坚持的原则](#)
- [第七章 问题与完善](#)
  - [第一节 公安部的司法解释](#)
    - [一 经县级以上公安机关负责人批准](#)
    - [二 适用案件更为明确具体](#)
    - [三 调查取证与刑事和解的矛盾与解决](#)
    - [四 侦查阶段刑事和解的后果](#)
    - [五 刑事和解协议对双方当事人的效力不够明确](#)
    - [六 刑事和解相关程序性规范不够完善](#)
  - [第二节 最高人民检察院的司法解释及问题](#)
    - [一 刑事和解主体范围扩大](#)
    - [二 适用案件](#)
    - [三 审查刑事和解协议后的结果](#)
    - [四 存在的问题](#)

- [五 实践中的情况——以海淀检察院为样本](#)
- [六 北京市部分检察院因刑事和解做出不起诉或相对不起诉决定的案件](#)
- [第三节 最高人民法院的司法解释及问题](#)
  - [一 刑事和解主体范围扩大](#)
  - [二 关于案件事实清楚，证据确实、充分的理解](#)
  - [三 协议内容与法律后果](#)
  - [四 刑法与刑事诉讼法的衔接](#)
  - [五 需要建立的制度](#)
  - [六 如何避免公安司法机关监督职能缺失或虚置](#)
- [第八章 刑事和解与认罪认罚从宽](#)
  - [第一节 认罪认罚从宽与刑事和解对接后的量刑](#)
    - [一 定位认罪认罚从宽](#)
    - [二 认罪认罚与刑事和解的区别](#)
    - [三 认罪认罚从宽与刑事和解对接后的量刑考量](#)
  - [第二节 认罪认罚程序下的量刑建议制度](#)
    - [一 量刑建议制度的基本范畴与实践](#)
    - [二 认罪认罚程序下量刑建议制度更新](#)
    - [三 认罪认罚程序下量刑建议操作规范思考](#)

## 引言

2018年8月在河南省鲁山县，被告小赵（16岁）强行与被害人小花（17岁）发生性关系，在检察官的介入下双方冰释前嫌。这一案件的阶段性处理结果引起轩然大波，促使人们对刑事和解进行更深度的思考。本书将以此案例开篇与结尾，条分缕析地解读刑事和解的宗旨与要义，以诠释刑事和解的精神。

刑事和解包括“私了”和公诉案件的刑事和解，前者不被纳入司法程序，几乎存在于犯罪黑数中，大多案件未被官方掌握；而公诉案件的刑事和解才是本书研究的重点。2018年我国新修订的《刑事诉讼法》第288条、第289条、第290条规定了公诉案件的刑事和解程序，沿用了2012年《刑事诉讼法》第277条、第278条、第279条的规定，没做任何修改。虽然司法实践中已有了六年统一适用的刑事和解的标准，可人们还是疑惑，究竟什么是刑事和解？它是否就是变相的“花钱买刑”？通过什么程序可以实现刑事和解？为什么社会发展到今天，一定要用刑事和解来界定部分被告人的全部或部分刑事责任？这些问题需要我们从理论层面进行阐述，让“刑事和解”这一概念更为清晰，让其司法适用更加凸显人道、公平与正义。

到目前为止，“刑事和解”一词已在全球范围内被广泛使用，不管人们对刑事和解下怎样的定义，其适用结果的一个共同点就是被告人刑事责任的民事化或部分民事化，即法定的犯罪案件通过刑事和解或不再追究刑法规定的被告人的刑事责任或减轻被告人的刑事责任。刑事诉讼法学者将刑事和解作为一个程序进行研究，取得了丰硕成果，但这只是刑

事和解的一个层面，刑事和解还具有实体性。只有将刑事和解的两个层面，即实体实现性与程序实现性结合起来研究，才可准确定位刑事和解，全面体现刑事和解的精神。

# 第一章 导论

## 第一节 刑事和解的意蕴

### 一 刑事和解的定义

#### (一) 词义

从字面的意思来看，“刑事”是与犯罪有关的事，是广义上的犯罪，因为它不仅仅是刑法上规定的犯罪，还包括犯罪学意义上的犯罪及刑事政策学意义上的犯罪。<sup>[1]</sup>“和”的含义从古至今一直有争议，孔子论“和”的名言是：君子和而不同，小人同而不和。<sup>[2]</sup>荀子论和的名言是：和则一，一则多力，多力则强，强则胜物。<sup>[3]</sup>由此可见，“和”是褒义词，“和”与“同”的区别在于：和是差异同一，即有差异事物的综合；同则是自我同一（或单纯肯定），即事物的简单重复或相加。由此观之，“和”是在不同的基础上达成一致。解，字典里有8种含义<sup>[4]</sup>，其中的“把系着的东西解开”、“和解”、“消除”在此比较贴切，当然本书中其主要是指解决犯罪问题。“和”字背后有着深刻的思想内涵。<sup>[5]</sup>刑事和解合在一起被立法使用，既具有单一使用时的各种含义，也具有了规范上的意义。

刑事和解的英文表述为Victim-offender Reconciliation，简称VOR，是指被害人与加害人之间的和解。英语国家如美国、加拿大、澳大利亚、新西兰等，都在不同程度地实施刑事和解。它们的做法主要是在第

三方的见证下让加害人与被害人平等、平静地坐在一起，直接会谈、协商，解决已经发生的刑事纠纷或冲突，恢复人际关系，重回社会。在其他发达国家，也有类似做法。

## （二）概念

概括起来，刑事和解是一种新的解决已然犯罪的方法，它集实体实现与程序实现于一身，超越了传统的《刑法》及《刑事诉讼法》，但在现有的刑事司法模式范畴内，它无法超脱并傲然独立，其与传统诉讼黏连在一起，即便打断骨头还连着筋。刑事法学界研究的方向不同，既有对程序的探讨也有对实体的挖掘，而对刑事和解的探究主要是在程序方面进行的。<sup>[6]</sup>现在比较权威的刑事和解的概念是“一种以协商合作形式恢复原有秩序的案件解决方式，它是指在刑事诉讼中，加害人以认罪、赔偿、道歉等形式与被害人达成和解后，国家专门机关对加害人不追究刑事责任、免除处罚或者从轻处罚的一种制度”<sup>[7]</sup>；也有部分学者在实体方面展开研究。<sup>[8]</sup>笔者经过梳理、研析后认为，从专业的角度而言，刑事和解有两个层面：一是它的实体实现性，即一种解决已然犯罪的结果；二是它的程序实现性，即刑事和解实现的过程，目前可通过三种司法方式——国家司法、协商性司法和恢复性司法实现。<sup>[9]</sup>“刑事和解是指刑事案件中的加害人与被害人之间或通过第三方主持，双方达成谅解，以赔偿等方式，平等地、全部或部分圆满地解决已然犯罪的程序及实体方法。”<sup>[10]</sup>

公诉案件的刑事和解是在刑事诉讼过程中实现的，它离不开国家司法模式，是恢复性司法向国家司法的渗透，以期在法定的正当程序范畴内实现和解。

## （三）立法规定

在《刑事诉讼法》正式规定刑事和解之前，全国各地的司法机关，大致从2005年开始，基本都在试点赔偿减刑，其实这就是刑事和解制度的前奏，许多学者也对此展开了深入的研究，结果见仁见智，肯定与否定并存。其中的质疑之一就是认为刑事和解制度有违罪刑法定、罪责刑相适应、法律面前人人平等的刑法基本原则及违背无罪推定原则等程序性原则。<sup>[11]</sup>其实，早在20世纪末，类似的刑事和解制度已经在全国各地被各级公安司法机关及社会第三方试点、推广，其时到处充斥着不同的声音，赞扬、争议与质疑不绝于耳。最为典型的的就是“花钱买刑”论，至今仍有许多人如此认为，“有钱就能解决犯罪问题”。经过近20年的司法实践、理论探索后，2012年《刑事诉讼法》规定了公诉案件的刑事和解制度，即第277条、第278条以及第279条，2018年新的《刑事诉讼法》第288条、第289条、第290条沿用了上述规定，没做任何修改。这三条基本构建了我国的当事人和解的公诉案件诉讼程序，但没有对刑事和解的概念做出规定。至今，中华人民共和国刑法也没有任何关于刑事和解法律后果的专门规定，目前这个空缺只能通过其中的相关规定如刑事责任承担方式（第37条）、量刑规定（第61条、第63条）等与《刑事诉讼法》的刑事和解程序相对接适用来弥补，以使实体与程序对应起来。

#### （四）刑事和解的内容

“人的需要有两种：一种是作为有生命的生物所固有的需要；一种是作为有理智的生物所特有的需要。”<sup>[12]</sup>所有生物的存活需要有基本的物质保障，人作为理智的生物还需要尊严、尊重等，刑事和解的内容从物质到精神都满足了当事人的需求。

物质层面上的赔偿损失或经济补偿在当下是刑事和解主要的、基本的内容之一，但它不是刑事和解的唯一内容和方式。理论上和司法实践

中还有定时定点的到被害人家中进行劳动服务，彻底履行赡养义务直到为老年被害人送终，履行抚养义务直到未成年人达到法定年龄可以独立生活等。还有众多的公益劳动，其内容很多，如去敬老院或临终关怀医院等地做义工，服侍或陪伴老人度过一段快乐时光，在某一路段打扫路面、捡拾垃圾或者维持秩序，在公交站及地铁站做义务引导员等，各大专院校的大学生可以做义务管理或打扫校园卫生等。

国外的社区服务也可为我们所借鉴，比如美化、净化社区环境及周边地区的各种公共劳动计划，包括公园、部分街道和人行道的打扫、清理，公共场所、电线杆、墙壁等的乱涂乱抹污染的清除等。政府或社区向被害人提供发表意见的机会，了解他们能够提供什么种类的社区服务，在什么条件下可以实现相关的社区服务。

精神层面的过程诉说、赔礼道歉、真诚谅解也是刑事和解的内容。只不过其经常被忽视，毕竟物质第一，精神第二，物质可衡量，精神深不可测。但作为人，解开心结胜于经济赔偿。在经济高度发达的国家，刑事和解的精神层面内容更加突出。但是，“人类在很大程度上是被利益所支配的，并且甚至当他们的关切扩展到自身以外时，也不会扩展得很远”。<sup>[13]</sup>虽然强调精神世界的伟大与崇高，但现实物质生活毕竟是第一需要，不能强求被害人超凡脱俗。

## 二 刑事和解的价值

### （一）“恢复正义”替代了“报应正义”

#### 1. 报应正义

正义是人们的永恒追求，关键是正义的内容在不断发生变化。犯罪事实发生后，人们在追求正义的实现时，走过了从报复到报应的过程：以传统刑罚制裁犯罪人，以满足人们实现正义的需求，报应刑论者主张的核心内容就是报应，血牙相还；后来发展到教育刑，即对犯罪人适用刑罚不是为了惩罚犯罪人，而是为了教育和矫正，从而使他们不再犯罪。但教育刑中也含着报应的成分，因为正义的内容并没有发生改变，报应依然可以满足人们对实现正义的期盼，认为这样可以免得使教育刑走偏，因太注重功利而失去报应公正的内涵。其根据在于，第一，传统犯罪观的沿袭，即社会上多数人的犯罪观是：犯罪是对国家秩序及社会秩序的侵犯，虽然个人深受其害，但与国家秩序和社会秩序所受到的侵犯相比，其应退居其次。根据现行刑事法律的规定，应由国家主导刑罚权。第二，国家及其代表机关公安机关、人民检察院、人民法院通过正当程序，根据《刑法》及《刑事诉讼法》的罪刑法定、无罪推定等原则及具体规定依法对犯罪人定罪量刑后，依宣告刑的种类交付执行机关执行被判处刑罚，如由监狱或其他劳动改造场所执行有期徒刑或无期徒刑，实现报应正义。第三，只有国家及其代表机关才有权力追究犯罪人的刑事法律责任，即国家司法权归属的特定性决定了被告人、被害人及社会上的第三方只在法定范围内享有一定的权利，但不能染指案件的处理结果，公权力与私权利界限分明。刑事诉讼的本质与最应当受到关注的被害人无关，它解决的是国家与被告人之间的刑事纠纷，当刑事案件发生后，刑事法律关系发生在国家与犯罪人之间，刑事诉讼就是国家代表机关确定被追诉人是否有罪、罪行轻重以及如何量刑的过程。

一直被多数人认为天经地义的报应正义在一个个具体案件中实现了，犯罪人受到惩罚后，无论是特殊预防还是一般预防都没有达到人们期盼的效果，虽然无实证研究的科学数据证明，但从犯罪率的一路飙升来看，犯罪并没有减少。人们开始质疑，惩罚作为一种承担责任的方式，它的正当性何在？谁有权力惩罚？惩罚的对象是谁？惩罚的边界在哪里？答案一直在寻找中。

在刑事领域，因犯罪而受到惩罚是一种因果关系，这一因果链条在逻辑上是成立的，但因果的对应也有可能发生改变。另外，司法实践中也可能出现问题，司法人员在认定谁是犯罪者时有可能将无辜者当作犯罪人，或者有人专门想做或无奈去做替罪羊，这也无法避免。既然在惩罚的适用对象上会有错误，那么，在惩罚的设置上就需要留有余地，比如，实体法上规定的死刑越来越少，这也许即是原因之一。我国《刑法修正案（八）》取消了13个死刑罪名，《刑法修正案（九）》取消了9个死刑罪名（走私武器、弹药罪，走私核材料罪，走私假币罪，伪造货币罪，集资诈骗罪，组织卖淫罪，强迫卖淫罪，阻碍执行军事职务罪，战时造谣惑众罪），这在我国立法史上又是一个巨大进步。同时，《刑法修正案（九）》还进一步提高了对死缓罪犯执行死刑的门槛，完全依照我国宽严相济的刑事政策，当宽则宽，当严则严。减少死刑要根据社会发展阶段、犯罪情况的变化和当时的社会环境状况来决定，严格控制死刑、逐步减少死刑是中国刑法的方向。究竟死刑与什么犯罪相对应才是报应正义，一直是一个有争议的问题。

## 2.恢复正义

与报应正义理论相对应，恢复正义理论认为：（1）犯罪对象直接作用于谁就是对谁的侵犯，加害人杀了张三就是侵犯了张三的权益，加害人盗窃了李四的财产就是对李四的侵犯，犯罪不仅仅侵犯国家、社会的利益，是对刑事法律规范的违反，更是对直接或间接被害人及所在社区的伤害；（2）侵犯了谁，谁就可以通过刑事司法程序最大限度地救助自己，从而恢复和弥补因犯罪行为所造成的伤害；（3）以商谈方式解决犯罪问题，反对国家独占司法权，国家应分出部分权力给被害人使之可以直接介入刑事司法程序，被害人与加害人从对抗走向合作，冲突的解决更为平和。因而从恢复正义理论角度出发，当犯罪破坏了加害人、被害人和社会之间的正常利益关系时，恢复正义的任务就是在三者

之间重建这种平衡，从而使得社会恢复到以前的状态，虽然这种社会状态的恢复不可能完全实现，但至少可以做到相对和谐。

受害人在自愿的情况下，选择以经济补偿及赔礼道歉的方式解决犯罪问题，他们大多是出于本能，希望有物质保障将生活过下去，或是由于厌烦诉讼，但他们基于人性的主观选择在客观上实现了恢复性正义观。恢复性司法本质恰恰在于帮助受害者及加害人恢复心理正常状态，进而使加害人和受害人握手言和，共同重新融入社区及社会，恢复社区与社会的安全和秩序。恢复性司法是一种服务而非权威，旨在弥补报应性司法无法企及的功能与目的，通过被害人、加害人和第三方社区等的共同参与达到消弭犯罪带来的损害，以最小损失换取最大利益，服务于加害人、被害人及社区利益的目的。

当恢复正义具有目的性而不仅仅是功能性时，它应当优于报应正义。“功能一词有两种不同用法：有时它是指一种生命运动系统，而不是运动本身的后果；有时它指这些运动与有机体的某种需要之间的相应关系。而目的或意图这些词，就假设有个既定的结果，某个行为就是为了这个结果而存在的。而功能反映了惩罚的属性和相应社会需要”。<sup>[14]</sup>这里无非表达功能与目的的不同，功能是客观的，不依人的主观意志为转移，目的是主观的，在可预设的前提下实现预设的结果。仅就目前而言，恢复性正义可以实现刑事责任的目的。

### 3.理性与情感

更确切地说应当是理性与冲动，冲动是情感的部分体现。情感是人的本能心理反应，理性是经过大脑思考后对事物的反应。人类理性的发展也在不断调整人的心理过程，从报复到报应，这是每一个正常人在受到侵犯后所具有的正常心理，以此来发泄心中的愤怒。当人们渐熄心中

的怒火，以理性审慎思考时，报复与报应实为下策，不如尽可能地恢复平静、恢复被犯罪侵犯以前的平和状态。不能不说恢复正义的提出是人类又一次的自我超越，这种正义的实现有可能将所有的精神、情感及物质损失降到最小，相对于报应性正义而言是另一种升华了的正义。与理性相对应的正义是恢复正义，与情感相对应的正义是报复性或报应性正义，当然其中也有细微的演变过程。

民众的情感对报应正义有影响。以药家鑫案<sup>[15]</sup>为例，此类热点案件主要体现在民众愤怒情感的集中表达，但民众的数量有待实证研究，在此只能说部分人的愤怒和他们所认知或想象的司法不公有关。他们的情感和认知存在非理性成分，在冲动的感情作用下，针对该案进行指责，对受害者同情、对加害人愤怒，认为如果不严惩就没有实现公正；有些人是将平时所受的不公正待遇转嫁，以此为出口宣泄在日常生活中所面临的压力和不满，且臆断司法机关的司法行为不当，本能上对司法公正持怀疑态度，以此对司法活动形成压力。社会上的他人借助网络的传播和聚合作用展示出的民众力量，对我们司法有极强的冲击性，法院的判决是否公正以及是否能让民众更准确地感受到司法公正，都是有待探讨的问题。

与情感相对应的还有道德，道德是用来自律的，而不是自己站在道德的至高点来评价他人，从而得出他人缺德的结论。在刑事和解中，经常有这样的人对相关被害人冷嘲热讽：杀父之仇都不报，还算人吗？杀子之仇都和解，自己死了算了！从某种意义上言，道德观在不断进化，道德也有被扭曲的时候，以道德来衡量公正与否，必会出现种种误区。况且要求人人做到表面的道德高尚几乎不可能，如此则这世界会变得极不真实。与理性相对应的还有法律，法律是人们基于理性共同制定出来的行为准则，它既可用来自律也可用来对他人进行评价，结果是人人都有了外在行为的底线，如果法律对刑事和解做出规定，那么，只要依照法律规定即可。

## （二）真正价值

有学者论证刑事和解或恢复性司法的价值或是刑事法治的价值所在，<sup>[16]</sup>还有论者认为，该项制度能够促进社会关系恢复到从前的状态，甚至更好，能够使社会重新回到平静状态，化解社会矛盾，促进人与人之间的关系更加和谐，促使加害人尽快回归社会过正常人的生活，避免因监狱中的“交叉感染”所导致的重新犯罪甚或更严重的犯罪。同时，被害人的权利能够实现，被害人的利益能真正得到保障。笔者认为，刑事和解的真正价值就是实现人道主义，在解决犯罪的过程中以人为本。因为人是所有存在的唯一目的。

刑事和解的真正价值只有一个，即人道主义在刑事领域的真正实现，具体体现在将被害人与加害人都作为“人”来对待，让他们从原来极其被动的状态中走出来，变成主动状态，让他们享有更多的解决自己行为导致的结果的权利。新西兰土著毛利人仅仅是从他们本民族的传统出发，其观念是万事万物皆有联系，在我们看来毫不相关的事物，他们认为也有联系。因此，和解是解决犯罪问题的主要方法，因为行为人与被害人、被害人与第三者有联系，他们与社会、国家也有联系。西方发达国家在实践的基础上进行理论上的归纳总结，并在实践中继续加以推广施行，形成了一套刑事和解及其相关的恢复性司法程序，典型如美国、加拿大、德国等，其背后的支撑是市场经济的高度发展、市民社会的坚实基础、宗教精神的兴旺发达、权力的分割与制约及其他普世价值的存在。如果没有宗教的宽容、奉献与宽恕，没有市民社会作为第三方的独立地位、国家的分权，刑事和解及恢复性司法就不可能普遍盛行，其中的核心理念在于宽容与宽恕，当然自由与平等早已含在其中。刑事和解不像刑罚那样，刑罚还要背负一般预防的目的，以惩戒达到预防，而刑事和解是就事论事，消除犯罪产生的恶果，回到从前状态。

在实现人道主义的过程中，需要被害人的宽容与谅解的态度。刑事

和解将被害人的地位提高到直接作为主宰案件处理结果的一方当事人的程度，那么就需要被害人尽可能地理性并宽容地对待加害自己的人，这或许有些残忍及不近人情，但却是应当提倡的态度。<sup>[17]</sup>只有在被害人尽可能地原谅与宽恕加害人的行为时，才可做到刑事和解。

同样，刑事和解需要社会上的他人对犯罪现象宽容、宽恕后形成的善意环境，这种环境足以让善循环；反之，形成恶的氛围，则足以让恶循环，无论这种环境是物质的还是精神的。

另外，人们相互之间创造的环境又反过来影响人们的行为。犯罪学界有一著名的“破窗效应理论”<sup>[18]</sup>，无论是物质的环境还是精神或情感的环境，都应当有如此效应。本理论说的是环境对人的行为的暗示性及诱导性的作用，其后来被人们用在经济领域、政治领域、管理领域等。人为地创造好的环境，通过环境的暗示，人们自觉地规范自己的行为，社会会更加美好。即使在日常生活中，我们在善的环境里就会有善行，而在恶的环境里，我们是否可以把持住自己不去实施恶行，很少有人可以做出肯定的回答。比如，我们到一个风景名胜区旅游，那里干净有序，大多情况下，一般人谁会去破坏这样的风景从而影响到人们的感受呢？如果一种良好的氛围在社会中弥漫并扩散，人们是否会受到天天向上的暗示？或者反向的逻辑是否也成立，即人的行为与环境形成恶性循环，这在我们的日常生活中也会得到部分场景的证明。我们善待他人，他人也会善待我们，传播开来形成善的环境，犯罪会越来越少。但我们面临的是：在犯罪已是既成事实的情况下，人们对此的态度应当是什么？

### 三 刑事和解的附加值

有学者论证，刑事和解有利于实现诉讼效益，其表现为从总体上提高办案速度，节省司法资源；同时，刑事和解也有利于构建和谐社

会。<sup>[19]</sup>有学者认为，“花钱买刑正在通过公诉案件的刑事和解由潜规则向明规则过渡。因为刑事和解的价值具有被害人取向，被害人大多倾向于获得赔偿，因此有可能沦为有钱人取向”。<sup>[20]</sup>这是附加值的负面效应，但它只是一种倾向，正如任何东西、事实等都可能走样一样。而执行者的作为可以避免这种异化。

笔者认为，恢复性司法程序的适用在有些情况下提高了诉讼效率，如加害人与被害人刑事和解后不再进入国家司法程序，检察机关可以做不起诉处理，因此本案不进入审判程序，节省了国家审判资源，但有些案件并不一定减少诉讼的压力，提高诉讼效率，在第三方及司法机关工作人员做了大量的工作后，加害人与被害人依然没有达成和解协议，那就意味着重回国家司法模式，重新启动刑事诉讼程序，将会耗费更多的国家司法资源。因为，恢复性质的调解程序本身已耗用了大量的时间成本、人财物成本，一旦有过失，还可能发生证据没有及时收集或灭失的情况；如果和解未达成，不但浪费上述资源或存有司法上的风险，同时还要重新进入国家司法程序，非但没有节省资源，反倒更多地使用了司法资源。从根本上说，减少诉讼压力、提高诉讼效率，是协商性司法的宗旨。恢复性司法以人道主义为宗旨，到目前为止，它是人类解决犯罪问题的进步，即便为此付出代价也在所不惜。毕竟权利是需要成本的<sup>[21]</sup>，就像法治需要成本一样，社会一直在探索着前行。

许多学者论证刑事和解化解了社会矛盾，构建了和谐社会。笔者认为，如果是这样，那也是该制度的一种附加值。因为它可以提升每一个公民的自我意识、独立判断能力、解决问题能力，从而更多地实现自治权，并提升社会团体的自主意识，区别于国家及政府公权行为，实现团体自治权。在此过程中，国家分权，垄断集中的国家司法权减弱，将一部分公权让渡给社会团体及公民个人，从而体现市民社会的精神。具体表现为如何处理国家干预主义与当事人处分主义的关系，在价值取向上应当加害人与被害人优先、国家在后。而我国传统上恰恰一直处在以国

家为中心的刑事法理念的支配下，犯罪由国家的代表机关来惩罚和矫正，国家为维护国家利益，通过公安机关、人民检察院和人民法院与犯罪人直接发生关系，而使被害人、社区等其他利益相关方的利益退居其次，很少在具体的犯罪处理中予以考虑，甚至忽视他们的存在。刑事和解与恢复性司法就是将犯罪处理权交给被害人、加害人、社会上的第三方，公诉案件的刑事和解还需要国家公安机关、人民检察院、人民法院机关的司法人员主持，在此框架内进行对话、沟通、协商、交涉，共同完成对犯罪的处理。

## 第二节 相关概念的厘清

### 一 刑事和解与刑事调解

#### (一) 刑事调解概念

##### 1.词义

在刑事领域，刑事调解是一种解决犯罪人刑事责任的简单程序。从词义来说，调解是指在发生争议或纠纷的双方当事人之间，由不同类型的第三人主持或主导，通过耐心细致的劝导及协商，在双方自愿的基础上达成一致协议，解决冲突与纠纷，通常也称为第三人调解。英文“Mediation”一词，是指“调解人作为中立的第三方，以私人和非正式的名义，协助争议双方达成和解的争议解决程序，因为不具有国家权力的介入，故无强制力”。<sup>[22]</sup>因此，我们可以将调解定义为：它是指由中间方或称为第三人居中说服、调停，促使双方展开商谈、协商，最终达成谅解或妥协的纠纷解决方式。因第三人的不同，调解有不同类型，如民间调解、行政调解和法院调解等，我们主要论证的是法院调解。

##### 2.人民法院作为主体的调解

根据《刑事诉讼法》第206条的规定，“人民法院对自诉案件可以进行调解”，即由法官以调解程序对案件进行处理。根据《刑事诉讼法》第204条的规定，“自诉案件包括下列案件：（一）告诉才处理的案件；

（二）被害人<sub>有</sub>证据证明的轻微刑事案件；（三）被害人<sub>有</sub>证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究的案件。”另外，刑事附带民事诉讼案件也可进行调解。调解是法定程序，是人民法院作为调解主体行使国家赋予的审判权的过程。其特征如同法官审判案件一样，依法定职权进行，不仅仅行使国家的公权，同时也是代表国家履行义务，律师可以拒绝接受当事人的委托代理案件，但法官不能拒绝审理，否则就是渎职行为。调解的过程与结果既要保障公平正义，又要提高诉讼效率，以此方式结案，可以快速地处理轻微的刑事案件，且在以审判为中心的改革背景下，法官可以腾出更多的精力办理大案、要案、复杂案件，防止冤假错案的发生。从这个角度讲，调解和刑事和解功能相似、作用等同。人民法院调解是在国家的司法模式之中进行的，主要目的是提升司法效率，通过绝对缩短诉讼时间，及早实现公平正义。

## （二）两者的不同

刑事和解与调解的不同之处在于以下三方面。

### 1.适用的案件范围不同

归纳起来，人民法院调解的案件仅限于自诉案件、被害人<sub>有</sub>证据证明自身合法权益受到侵害的轻微刑事案件和刑事附带民事诉讼这三类，理论上还应当扩大人民法院调解案件的范围。刑事和解的范围则不限于自诉案件，还包括《刑事诉讼法》第277条规定的案件范围及在司法实践中司法人员践行的一些刑事和解案件，其范围应大于调解的案件，或者说罪行更重的一些案件也包括其中。

### 2.二者的侧重点不同

刑事和解的实质要件在于被告人与被害人的独立意志在和解协议书中得以充分体现，他们通过自愿、平等、协商的方式，最终达成解决冲突与纠纷的意愿，并产生一定的法律效果，加害人的刑事责任得到减轻，被害人得到补偿。刑事和解强调的是当事人的自愿性，其他任何个人、任何机关、团体无权干涉，只可建议，私权利重于公权力；调解强调的是法院这一公权力机关的能动作用，更侧重人民法院以积极的态度，促成双方当事人相互理解，平等协商，并最终达成谅解，法官调解后无须再审判，其突出的特点在于公权力的痕迹无处不在，仅是为了实现公正，通过效率全面体现出来。

### 3.两者的明显区别在于实体与程序的不同

目前英文“Victim-Offender Mediation”一般被译为刑事和解，其意在于突出被害人与加害人通过双方的协商会谈或第三方调解而达成的和解状态，而不仅仅是程序。刑事和解的译法更能达意。可见，和解与调解区别的关键在于实体与程序，和解注重的是结果，调解注重的是过程；调解的过程中有第三方的参与，但过程本身并不反映结果，结果是和解的达成状态。刑事调解就是对于发生的部分刑事案件，在人民法院审理阶段，通过法官对被告人和被害人进行的说服、调停等而使双方最后和解的过程，其他诉讼阶段没有调解程序；而在刑事和解案件中，公安机关、人民检察院和人民法院中的侦查人员、检察人员、法官只起主持人的作用，或者说是被动地行使中立权利，公权力被搁置一旁而不发挥作用，真正的主角是双方当事人。

### （三）共同之处

调解更多地强调过程，和解通常更强调结果。大多数情况下，经过法官的刑事调解，部分案件当事人最后可以消除愤恨，达成刑事和解，没有达成的再走刑事诉讼程序。刑事调解是途径、方法、手段、步骤，

最终结果是双方和解，解决了行为人的刑事责任问题。正当程序需要通过法定全套的刑事诉讼对犯罪人定罪、量刑、刑事附带民事诉讼以实现赔偿，调解无须这样的步骤。目前，我国在刑事自诉领域存在刑事和解制度，虽然它在程序法中得以确认，但其并不是调解，而是刑事和解。我国《刑事诉讼法》第172条规定，“自诉人在宣告判决前，可以同被告人自行和解或者撤回自诉”。这一规定虽然在程序上可以看作撤回自诉的根据，但其中的理由“自行和解”大多指程序外当事人双方私下的和解，可能里面也含有法官所做的调解工作，和解后实体问题已经解决，不需要再走其他程序。另外，最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第199条规定“对于已经审理的自诉案件，当事人自行和解的，应当记录在卷”。刑事自诉案件的起诉权掌握在被害人、其法定代理人或其近亲属手中，由他们行使。被害人属于无行为能力人或者被害人死亡时，可由其法定代理人或近亲属代为行使，被害人也可以放弃自诉权，是否自诉，取决于他的意志，国家和他人不得干预。刑事自诉案件起诉到法院以后，依法有两种途径解决：一是双方当事人自行和解，法官不再干涉；二是由法院主持双方调解，经一次或多次商谈后达成调解协议。调解是过程，和解是结果，这一司法解释涵盖了刑事调解与刑事和解。

## 二 刑事和解与恢复性司法

### （一）恢复性司法的品性

#### 1. 含义

有学者认为，“刑事和解是恢复性司法理念的实现途径之一，是恢复性司法最直接、最清晰的表现，是对恢复性司法原则最生动的表达方

式”。<sup>[23]</sup>

从字面上理解，恢复性司法的主词是司法，即是一种程序，修饰性词是恢复，意思是回到事发前状态。它是舶来品，20世纪末从西方传入我国，现在已上升为既是一种理念，也是一种程序。说它是一种理念，是因为其针对报应理念而提倡恢复理念；说它强调过程，是因为其针对国家集权司法而提倡国家分权由加害人与被害人及第三方来行使权利，从而达成结果。在此，恢复性司法应当是实现刑事和解的程序层面，与刑事和解的实体层面共同完成对法定的已然犯罪的处理。恢复含义有二：一是指对象，针对被害人、加害人及其所在的社区和全社会恢复到犯罪以前的样态；二是指内容，包括物质损害的恢复，如财产、健康及精神损害的恢复，如人类尊严、心理状态、理性、人际关系、社区秩序、正义情感等。

## 2. 西方国家恢复性司法的形式

当代西方国家实施的恢复性司法程序表现形式主要有：“（1）参与方包括了加害人、受害人和社区，三方共同努力（必要时，司法机关也可以介入），以受害人和加害人的自愿为前提，通过对话来理清事实，相互倾听，恢复关系，进而恢复社区的安全。具体方式包括被害人—犯罪人会谈（VOC）、家庭成员会议（family group conference）以及圆桌会议（circle）。（2）社区与被害人、加害人相互合作，通过补偿（restitution）、社区服务（community service）来帮助加害人矫正，促进加害人重建羞耻（reintegrate shaming），融入社区。”<sup>[24]</sup>

### （二）三种司法模式

## 1.三种司法模式共存

解决犯罪问题必须经过正当程序，这已为现代法治国家所普遍认可。从刑事程序层面而言，恢复性司法与国家司法和协商性司法<sup>[25]</sup>共存。不同司法程序对应不同的对犯罪的实体处置方式，有些发生重合，有些彻底相异即刑事民事化，具有代表性的是：与国家司法对应的是刑罚，通过刑事诉讼程序解决被告人的刑事责任，主要以刑罚方式承担，辅之以非刑罚制裁措施；协商性司法相对应的主要是不起诉，以辩诉交易为代表；与恢复性司法相对应的是刑事和解、非刑罚制裁措施、轻罪起诉并判处、轻刑等与该程序相对应的实体处置。而目前在我国的司法实践中，以国家司法即传统的刑事诉讼为主，其间加入了协商性司法和恢复性司法，刑事和解的实体实现方式与这三种程序实现方式相匹配，实现了实体与程序的对接。公诉案件的刑事和解，没有纯粹的恢复性司法模式，是将恢复性司法嵌入国家的刑事司法领域，从而形成了具有中国特色的另外一种三者并存的刑事司法模式。

下面笔者以一典型做法为例，说明刑事和解在实践中的具体适用情况。早在2007年11月，“刑事和解与程序分流”的项目就在北京市朝阳区人民检察院与中国政法大学诉讼法学研究院立项，两家一起联合展开研究，在朝阳区人民检察院成立了刑事和解办公室。刑事和解办公室是相对独立的刑事和解机构，脱离了公诉部门，对于符合刑事和解条件的案件，专门审查把关和组织协商，从而避免了原直接承办案件的检察官扮演双重角色的问题，即解决了追究犯罪与不以诉讼程序办理案件的矛盾，同时统一了案件的办理标准。此前，在试行这项制度时，刑事和解工作都是由案件承办人自行负责，承办人虽然很有积极性，可是角色本身的冲突会让他无所适从，检察官的立场是否能够公正客观？因为其代表国家行使追诉权的职责是追究犯罪，怎么能做犯罪嫌疑人这一方的工作而促成和解呢？而他在刑事和解工作中又得“息诉”去做被害人的工

作，检察官自我角色定位出现了冲突，其心理也会受到影响。另外，检察院作为公权力机关出面主持调解，中国传统的官本位思想导致当事人双方畏惧公权力而使得检察官主持的和解对当事人形成一种无形的压力，失去更多的自由意志选择。加害人与被害人双方都担心，如果不按照承办人的要求办就会产生不利的后果，该如何自我救济？人民检察院如何监督有问题的和解协议？

随后，北京市朝阳区人民检察院出台了《刑事和解暂行规定》，对于刑事和解案件的类型及详细的工作流程都做出了明确的规定。“案件到了公诉部门后，办案人员认为符合刑事和解有关规定的案件，应当将其移交到刑事和解办公室，由其专门工作人员审查，刑事和解办公室经审查认为符合刑事和解标准的，才能决定启动刑事和解程序；启动和解程序后，由刑事和解办公室积极促成被害人与被追诉人的协商，主持并指导双方沟通各自意愿，签订谅解协议，并对谅解协议的内容是否具有合法性进行审查；当事人双方达成协议后，刑事和解办公室对于可以作不起诉处理的，会在被追诉人履行相关义务后向公诉部门提出不起诉的处理建议。”<sup>[26]</sup>“我们曾经对2003年至2007年4年来的和解案件进行了回访，其中97%的加害人赞同这一方式，被害人方则100%赞同和解。而在刑事和解结果的公正性方面，加害人与被害人的满意率均达到了100%。”<sup>[27]</sup>

## 2.理论预测

从目前我国发展的阶段预测，刑事和解在将来的适用中有可能更多地侧重物质赔偿，而对于双方情感、情绪及其他心理、精神的抚慰则稍嫌疏忽。这从实践中许多人认为的“花钱买刑”可窥其一斑。第一，人的需要是物质第一、精神第二，人的生物性第一，社会性第二，只有满足了被害人的基本物质需求后才可考虑精神的复原。当社会发展到高级阶

段后，人的境界才会有大幅度的提升。第二，由过去的国家司法模式对被害人权利的漠视，到恢复性司法模式下过分看重对被害人利益诉求的满足，而又极端片面地忽视加害人的种种需求，刑事司法模式为改革和转化难免矫枉过正。加害人在实施完犯罪行为后，其心理与情感也受到了伤害，典型的如交通事故案件、过失致人重伤案件，甚至故意伤害案件等，加害人也需要倾诉、需要得到被害人的谅解，其心理才能平衡，其感情才可平复。否则，他也会一直受案件场景、结果等的折磨。第三，理论上，无论轻罪案件还是重罪案件，都能适用刑事和解。轻罪与重罪没有本质的不同，正如人的错误有大小，但都是错误一样。和解与否与轻罪、重罪无关，只与加害人与被害人的态度有关，只要双方同意和解，就可和解。第四，刑事和解更多地影响量刑。刑事和解影响定罪，在确定罪与非罪上有决定性的作用，在确定此罪还是彼罪方面没有任何影响。而刑事和解对加害人量刑的意义更大些。在现有的刑事司法制度内，刑事和解既可以影响定罪，也可以影响量刑，而且主要是影响量刑。

《刑事诉讼法》第277条、第278条、第279条规定了公诉案件的刑事和解，实现刑事和解的程序需要通过三种司法模式实现，就具体案件而言，或许一种，或许两种，或许三种同时适用才可解决适用刑事和解的刑事案件。

### 三 刑事和解不是“私了”

#### （一）“私了”现状

从终极的目的上看，刑事和解就是“私了”，只是在现代社会中，法律赋予了“私了”深刻的内涵。在当今的刑事司法模式下，不能纯粹地“私了”，一部分案件还必须要进入正式的国家司法程序才能解决，但

在本质上，刑事案件的解决，全部或部分地体现了当事人的意志，在这一点上两者是相同的。

百姓对“私了”的理解，大致就是双方私下解决本该“公了”的事情。“私了”不是一个法律术语，任何一部法律里都没有“私了”这一概念，学理上对其归纳总结：“一般是指私人就争议事项私下协商，不通过法定机构和程序而自行息解纷争。‘私了’侧重与‘公了’相对……私了一词在某种程度上还带有本不可‘私了’之意，尤其在描绘刑事案件的私了时。”<sup>[28]</sup>本书所指的“私了”是加害人与被害人对刑事案件的“私了”。针对目前刑事案件的“私了”现象，在中国基层社会特别是乡村社会中有大量“黑数”存在，调查表明，“我国目前乡村社会中刑事案件‘私了’的比例占到乡村社会犯罪总数的25%以上”<sup>[29]</sup>。在极其推崇公权力的时代，“私了”是不合法的，但在远离公权力中心的边远农村，“私了”仍是一部分人解决刑事纠纷的方式。

## （二）两者的差异

当下的“私了”与刑事和解的差别在于“私了”主要由当事人双方私下完成，国家根本不会知道，国家代表机关不会介入“私了”；而公诉案件的刑事和解，主持的主体之一就是国家司法机关，有些案件经过司法机关的调解并最后确认达成的协议是否有效。大多情况下的“私了”，最大的特征体现在程序与实体结果两方面。在程序上，刑事案件由当事人双方规避国家干涉，私下商议，根本不碰触国家法定诉讼程序，国家法律对其无用武之地。其“私了”的结果以信誉制约双方，没有经过“官方”确认，当然不具有法律效力，它只对当事人双方有约束力，一方反悔，另一方无法通过正常途径论证其纠纷解决结果的合法性。实践中，大多数“私了”也以经济赔偿为主要内容，数额经过双方协议，或多或少，只要能满足受害人的意愿即可，当然，有些个别的“私了”会出现不正当的

要求，甚至是非法的要求，如某男与其朋友妻子发生性关系，朋友强烈要求与该男妻子发生关系，当女方不同意时，双方共同协商，最后女方忍辱屈从。第一阶段是当事人之间民事上的法律关系，第二阶段是当事人之间刑事上的法律关系，如果女方不报案，后一段既是对前一段民事法律关系的“私了”，也是刑事法律关系的结束，因为受害人没能将案件诉诸司法机关。而公诉案件的刑事和解，是在进入国家司法的刑事诉讼程序以后开始的，在公安机关、人民检察院或人民法院的主持下，经过若干次的商谈后达成和解，在和解协议上虽然没有三机关的公章盖印，但有公权力主持和解人的签名，其法律上的效力成分不言而喻。在恢复性司法模式下，两者没有太大的差别，或许在内容的法定性上，刑事和解胜于“私了”。当然，刑事和解所蕴含的价值理念、所存在的社会根基、权力分割的结果（详见第三章“刑事和解的根据”）都是“私了”所不具有的。

刑事和解不是人类最好的制度，却是至今较好的制度，过去诸多已被证明的失败表明，人们的智慧还没有发现甚至不能发现最好的选择，可人性必须受到制约。因为，人类社会有了几千年的历史，外在的进步有目共睹，如卫星上天、纳米技术、生物工程、民主法治等，可人性本身有多少进化呢？2009~2010年发生的八起“灭门案”<sup>[30]</sup>从某种角度说明人性的不可更改性，而法律规定的死刑<sup>[31]</sup>除了证明人性具有报复本能外没有任何意义。人只能在让其做好人的氛围中做好人，如果让其处在做坏人的氛围中，或许没有多少人能把持住自己不做坏人。人性中善与恶的生根、发芽、开花、结果，各自需要土壤、化肥、阳光、雨露。因此，提供善的环境，让人更多地为善；避免恶的环境，让人最大限度地不为恶。这或许是我们要做的，也是我们所能做的。